DIE FORTGESETZTE OFFENE HANDELSGESELLSCHAFT.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

EINGEREICHT VON

PAUL THELEN
REFERENDAR IN CLEVE.

BORNA-LEIPZIG
BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE
1909.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
	I. Einleitung	1
§ 1.	II. Begriff der fortgesetzten offenen Handelsgesellschaft.	
	A. Fortbestehen und Fortsetzen der Gesellschaft	2
§ 2.	B. Begriff der Auflösung und der Liquidation .	6
	III. Die einzelnen Fälle der Fortsetzung.	
§ 3.	A. Die Fortsetzung nach Auflösung durch den Gesellschaftskonkurs	23
§ 4.	B. Die Fortsetzung nach Auflösung durch Zeitablauf	30
§ 5.	C. Die Fortsetzung nach Auflösung durch Beschluß der Gesellschafter	39
§ 6.	D. Die Fortsetzung nach Auflösung durch den Tod eines Gesellschafters	40
§ 7.	E. Die Fortsetzung nach Auflösung durch den Konkurs eines Gesellschafters	44
§ 8.	F. Die Fortsetzung nach Auflösung durch Kündigung seitens eines Privatgläubigers eines Gesellschafters	46
§ 9.	G. Die Fortsetzung nach Auflösung durch Kündigung von seiten des Gesellschafters . . .	47
§ 10.	H. Die Fortsetzung nach Auflösung durch gerichtliche Entscheidung	48
§ 11.	I. Rückblick	49
§ 12.	IV. Die Wirkungen der Fortsetzung	51
§ 13.	V. Die Anmeldungen zum Handelsregister	53

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0005

Literaturverzeichnis.

Anschütz und **v. Völderndorff**, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Erlangen 1870.

Archiv für bürgerliches Recht von Kohler und Ring. Bd. 19. Berlin.

Bauer, Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Der Handelsgesellschafter. Herausgegeben von Josef Bauer.

Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung. Reichstagsdrucksache Nr. 200 der 2. Session 1874. (zit.: Mot. II.)

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Berlin 1896.

Bett, Der Konkurs der Aktiengesellschaft und ihre Erneuerung. Leipzig 1904.

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts Berlin.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1853—1860.

Cohn, Das Handels- und Genossenschaftsregister. Berlin 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Jena 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. Halle 1906.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. Berlin 1903.

Düringer und **Hachenburg**, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 1. Mannheim 1908.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1881.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamte.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten, nebst Motiven. Berlin 1857.

Franken, Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwicklung. Stuttgart 1890.

Fitting, Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. Berlin 1904.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. Berlin 1903.

Gareis und **Fuchsberger,** Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Stuttgart 1890.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 2. Berlin 1905.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1903.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Braunschweig 1894.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. Berlin 1907.

Hergenhahn und **Tuchatsch,** Die offene Handelsgesellschaft. Leipzig 1894.

Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht.

Jaeger, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. Freiburg i. Br. u. Leipzig 1897.

Jaeger, Die Konkursordnung auf Grundlage des neuen Rechts. Berlin 1904.

Johow und **Küntzel,** Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Juristische Wochenschrift.

Keyßner, Die Erhaltung der Handelsgesellschaft. Berlin 1870.

Keyßner, Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 327ff. (zit.: Keyßner, Liquidation.)

Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften. Halle 1900. Sonderabdruck aus der Festgabe der Juristenfakultät Halle zu Dernburgs 50jährigem Doktorjubiläum.

Lehmann, K., Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Lieferung. Leipzig 1906.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1902.

Litthauer, Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. 15. Aufl. Berlin 1905.

Litthauer, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1894.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. Berlin 1906.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1: Allgemeiner Teil. Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.

Petersen, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Lahr 1900.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1900.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, herausgegeben von J. Lutz. Würzburg 1858. (zit.: Prot.)

Puchelt-Förtsch, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Leipzig 1893.

Rechtsprechung, die, der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften. Leipzig 1881.

Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. Leipzig 1899.

Sohm, Institutionen. Leipzig 1903.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. München 1906.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1906.

Strey, Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht. Berlin 1873.

Sydow-Busch, Konkursordnung. Berlin 1902.

Wächter, Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Teil. Leipzig 1886.
Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. Berlin 1906.
Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation. Fischers Abhandlungen XVII, 2. München 1908.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Stuttgart 1879.

Die übrigen gebrauchten Abkürzungen, die im Verzeichnis nicht ihre Erklärung finden, entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken". (Berlin 1905 Guttentagsche Verlagsbuchhandlung.)

I. Einleitung.

Von außerordentlicher Wichtigkeit für den Handel, wenn auch keine Eigentümlichkeit desselben, ist die Betätigung des menschlichen Assoziationstriebes: seit und wo nur immer der Handel gewerbsmäßig betrieben wird, offenbart sich dieses Bestreben in der mannigfaltigsten Weise und in ausgedehntem Maße, indem es Arbeit und Kapital an Handelsunternehmungen abgibt.[1])

Eine der ältesten dieser Unternehmungen ist die offene Handelsgesellschaft. Ihren Anfängen begegnen wir bereits im 11. Jahrhundert in den romanischen Ländern, von wo sie alsbald ihren Einzug nach Deutschland fand, wo sie auch heute noch wegen ihrer Einfachheit die am meisten verbreitete Handelsgesellschaft ist. Daß für die offene Handelsgesellschaft angesichts der dauernden Zwecke, welche sie verfolgt,[2]) ihre Erhaltung und möglichstes Unberührtbleiben von äußeren Einflüssen von besonderer Bedeutung ist, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Der Gesetzgeber hat dem auch Rechnung getragen, indem er den Fortbestand der Gesellschaft in jeder Weise sichert.

---

[1]) Gareis S. 110.

[2]) Denkschr. S. 100, bei Mugdan S. 272.

§ 1.

II. Begriff der fortgesetzten offenen Handelsgesellschaft.

A. Fortbestehen und Fortsetzen der Gesellschaft.

Das römische Recht sah in der societas kein von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt, vielmehr ein Rechtsverhältnis unter den socii, das für niemand sonst vorhanden war[1]) und das mit besonderer Berücksichtigung der Individualität des einzelnen eingegangen war. In Konsequenz dieser Anschauung ließ es dieses Rechtsverhältnis mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters sein Ende finden und erklärte die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben eines Gesellschafters für nicht statthaft. Selbst wenn im Gesellschaftsvertage bestimmt war, daß beim Wegfalle eines Mitgliedes die zurückbleibenden Gesellschafter weiter eine Gesellschaft bilden sollten, wurde dieses als Begründung einer neuen Gesellschaft, nicht als Fortsetzung der alten angesehen.[3])

Die offene Handelsgesellschaft des heutigen Rechts ist nach der herrschenden Lehre[4]) zwar auch kein be-

---

[1]) Sohm S. 202.

[3]) Windscheid S. 537; Dernburg, Pand. S. 350; D. 17, 2, 65, 9.

[4]) Staub § 124 Anm. 1; Gierke im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 19 S. 117 ff.

sonderes Rechtssubjekt, jedoch eine nach dem Prinzip der gesamten Hand konstruierte Gesellschaft mit einer gewissen juristischen Selbständigkeit. Die für Gemeinschaftszwecke bestimmten Vermögensstücke bilden das Gesellschaftsvermögen, das von dem Vermögen des einzelnen Gesellschafters scharf getrennt ist und über dessen ihm zustehenden Anteil ein einzelnes Mitglied nicht selbständig verfügen kann. Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.[5]) Diese selbständige Stellung, welche das Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft einnimmt, rechtfertigt auch die Annahme, daß die Gesellschaft beim Ausscheiden eines Mitgliedes nicht unbedingt aufgelöst wird, sondern die Möglichkeit ihrer Erhaltung gegeben ist. Das Gesetz erklärt denn auch den Fortbestand der Gesellschaft trotz Ausscheidens von Mitgliedern für möglich und gibt in den §§ 138 bis 141 die Fälle an, in denen die Zugehörigkeit des Gesellschafters ihr Ende findet, ohne daß dies den Bestand der Gesellschaft im ganzen beeinträchtigt.

Diese Fälle sind folgende:

1—3 Kündigung von seiten eines Gesellschafters, Tod eines Gesellschafters oder Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gesellschafters, wenn der Ge-

---

[5]) § 124.

sellschaftsvertrag festgesetzt hatte, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen solle.[6])

4. Tod eines Gesellschafters, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmte, daß die Gesellschaft mit dem Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden solle.[7])

5. Beschluß der übrigen Gesellschafter, wenn

a) ein Privatgläubiger eines Gesellschafters die Gesellschaft gekündigt hatte, oder wenn

b) Konkurs über das Vermögen des Gesellschafters eröffnet ist.

Der Beschluß muß ersterenfalls dem Privatgläubiger, letzterenfalls dem Konkursverwalter gegenüber dahin ergehen, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen solle.[8])

5. Gerichtliches Urteil auf Antrag der übrigen Gesellschafter, wenn in der Person eines Gesellschafters ein Umstand eintritt, der die Auflösungsklage rechtfertigen würde. Das Urteil ergeht auf Ausschließung des Gesellschafters.[9]) Wenn das Gesetz auch hier von „Ausschließung" spricht, so begreift es doch diesen Fall unter den allgemeinen Ausdruck „Ausscheiden".[10])

---

[6]) § 138.

[7]) § 139.

[8]) § 141.

[9]) § 140; Lehmann S. 330f.

[10]) Lehmann-Ring § 138 Nr. 1; Makower § 138 III; Denkschr. S. 99, bei Mugdan S. 271.

Gemeinsame Voraussetzung aller dieser Fälle ist, daß mindestens zwei Gesellschafter übrigbleiben. Das Gesetz gibt zwar im § 142 dem allein Übrigbleibenden unter gewissen Voraussetzungen das Recht, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Aber von einer „Gesellschaft" kann in diesen Fällen naturgemäß keine Rede sein.

In den Fällen des Ausscheidens eines Gesellschafters tritt also eine Auflösung der Gesellschaft nicht ein. Vielmehr bleibt, gerade wie der Eintritt in eine bestehende Gesellschaft keine neue Handelsgesellschaft schafft,[11]) sondern die alte fortbestehen läßt, trotz Ausscheidens eines Gesellschafters die offene Handelsgesellschaft eine „fortbestehende". Daher findet auch keine Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt; vielmehr handelt es sich nur um eine Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem Ausscheidenden.

Der Nutzen einer solchen Bestimmung liegt auf der Hand. Es sei hier nur an die Kosten und Weitläufigkeiten erinnert, welche die Unterbrechung der Geschäfte, die notwendige Abrechnung und die Schließung eines neuen Gesellschaftsvertrages mit sich bringen würde.[12])

Der Gesetzgeber ist jedoch bei den Vorschriften über das Fortbestehen der Gesellschaft nicht stehen ge-

---

[11]) § 130.

[12]) RG. Bd. 7 S. 124.

blieben. Er hat vielmehr für den Fall, daß die Gesellschaft durch die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses bereits aufgelöst war, die Bestimmung getroffen, daß die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen können, wenn der Konkurs nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt ist.[13]) Diese „fortgesetzte" Gesellschaft ist demnach begrifflich eine nach geschehener Auflösung wieder begonnene Gesellschaft. Ihr Unterschied von der fortbestehenden Gesellschaft liegt darin, daß bei dieser nicht eine Auflösung der Gesellschaft sondern nur ein Ausscheiden eines Gesellschafters stattfindet, bei jener dagegen die bereits erfolgte Auflösung wieder rückgängig gemacht wird. Wenn eine solche Fortsetzung auch nur für bestimmte Fälle der Beendigung des Gesellschaftskonkurses vom Gesetze vorgesehen ist, kann sie doch auch in anderen Fällen erfolgen. Zum Nachweise dieser Behauptung wird es zunächst erforderlich sein, den Begriff der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft zu untersuchen.

§ 2.

B. Begriff der Auflösung und der Liquidation.

Nach § 131 HGB., der im wesentlichen dem Art. 123 a. HGB. entspricht, wird die offene Handelsgesellschaft aufgelöst.

[13]) § 144.

1. Durch den Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist;

2. durch Beschluß der Gesellschafter;

3. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft;

4. durch den Tod eines Gesellschafters, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergibt;

5. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters;

6. durch Kündigung und durch gerichtliche Entscheidung.

Die Kündigung kann erfolgen von seiten eines Gesellschafters[14]) oder eines Privatgläubigers eines Gesellschafters.[15])

Über den Begriff der Auflösung herrscht in der Literatur Streit. Die Frage nach dem Begriffe der Auflösung hängt selbstverständlich eng mit der weiteren Frage nach den Wirkungen der Auflösung zusammen, vor allem mit der Frage nach der Liquidation. Denn nach § 145 ist die Liquidation die gewöhnliche Folge der Auflösung der Gesellschaft, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

Es ist nun sehr erklärlich, daß sich die Schrift-

[14]) § 132.

[15]) § 135.

steller bei der Frage nach der Natur des durch die Auflösung hervorgerufenen Zustandes hauptsächlich mit dem Normalfalle, nämlich der Liquidation, beschäftigen Für die Schriftsteller des alten Handelsgesetzbuches lag eine derartige Behandlung zudem schon deshalb nahe, weil das alte Handelsgesetzbuch nur die Liquidation als Auseinandersetzungsform erwähnt, wenngleich auch sie in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung die Liquidation nicht als obligatorisch betrachteten und ihre Ersetzung durch jedes andere von den Gesellschaftern gewählte Verfahren für statthaft erklärten.[16]) Trotzdem wird es erlaubt sein, wie die weiteren Ausführungen ergeben werden, dasjenige, was über die Gesellschaft im Liquidationsstadium zu sagen ist, im wesentlichen auch für den Zustand der Gesellschaften in den anderen Arten der Auseinandersetzung und im Stadium des Konkurses für zutreffend zu erachten.

Bevor wir jedoch in die Erörterung der einzelnen Liquidationstheorien eintreten, soll noch hervorgehoben werden, daß manche Schriftsteller ihre Ansicht über die Liquidation wenig genau präzisieren, bei anderen Schriftstellern hinwiderum sich Spuren verschiedener Theorien finden, so daß es schwierig ist zu sagen, welche Theorie sie vertreten. So werden auch Urteile des Reichsoberhandelsgerichtes und Reichsgerichtes von

[16]) Litthauer 8. Aufl. Art. 133 Anm. a; Puchelt-Förtsch Art. 133 Anm. 1; Anschütz u. v. Völderndorff Art. 133; ROHG. Bd. 24 S. 144.

Vertretern verschiedener Theorien für ihre Ansicht in Anspruch genommen.

Die älteste Theorie ist die Fiktionstheorie, die ihre Entstehung den Motiven des preußischen Entwurfs verdanken dürfte. Hiernach hört die Gesellschaft ipso iure mit Eintritt der Auflösungstatsachen zu bestehen auf; die Gesellschaft zerfällt in die einzelnen sie bildenden Bestandteile, die einzelnen Gesellschafter; jedoch wird sie, und zwar lediglich für die Zwecke der Auseinandersetzung, als fortbestehend fingiert.[17]) Die erwähnten Motive lassen sich folgendermaßen darüber aus:

„Mit dem Moment der Auflösung der Gesellschaft hört dieselbe streng genommen auf zu bestehen. Es gewährt indessen für die Liquidation selbst die erheblichsten Vorteile und entspricht auch der Ansicht des Handelsstandes, die Fortdauer der Gesellschaft, soweit es die Liquidation betrifft, bis zur tatsächlichen Beendigung der Auseinandersetzung zu fingieren, die Gesellschaft bedient sich namentlich infolgedessen während der Liquidation noch ihrer bisherigen Gesellschaftsfirma und behält ihren alten Gerichtsstand bei".[18])

Gegen diese Theorie wandte sich vor allem das Reichsgericht in RG. Bd. 5 S. 7 sowie Behrend[19]) und

---

[17]) Anschütz u. v. Völderndorff S. 294; Wächter S. 50; Brinkmann S. 188; ROHG. Bd. 9 S. 84, Bd. 10 S. 61, 68; Keyßner, Liquidation S. 328; Gareis-Fuchsberger S. 540.

[18]) Mot. z. preuß. Entw. S. 70.

[19]) Behrend S. 566.

Gierke.[20]) Zunächst ist die gemeinsame Abwicklung des Gesellschaftsgeschäftes selbst ein gesellschaftliches Unternehmen. Treten die Gesellschafter in die Liquidation ein, so wird das Vorhandensein einer Gesellschaft nicht fingiert, sondern die Gesellschaft in Liquidation ist in Wirklichkeit vorhanden. Sodann bedeutet eine Fiktion überhaupt niemals Lösung, sondern nur Ausschaltung einer Frage. Sie ist ein Hilfsmittel der Praxis und nicht ein Werkzeug der Wissenschaft. Sie ist nur eine Notbrücke, die aufgegeben werden muß, sobald ein anderer ordentlicher Weg gefunden ist.[21]) Diese Theorie ist denn auch mit Recht heute aufgegeben worden.[22])

Verwandt mit dieser Theorie ist die Sukzessionstheorie. Auch sie geht davon aus, daß mit der Auflösung der Gesellschaft diese aufhört zu existieren. Die Gesellschaft erlischt jedoch nicht ohne Rückstand, nur das Band, das die Gesellschafter umschlang, wird gelöst, Personen und Sachen bleiben bestehen. An die Stelle der societas tritt eine communio. Maß und Art dieser Zusammengehörigkeit wird von den Vertretern dieser

---

[20]) Gierke S. 490 Nr. 4.

[21]) Wimpfheimer S. 94.

[22]) Zwar spricht Goldmann in Ziff. 1 u. 2 zu § 156 von einer Fiktion des Fortbestandes der offenen Handelsgesellschaft. Aber seine weiteren Ausführungen über die Auflösung und Liquidation der Aktiengesellschaften, in denen er auf die offene Handelsgesellschaft verweist, lassen ihn als Anhänger der Identitätstheorie erkennen. Vgl. § 292 Ziff. 2; § 294 Ziff. 1 a. a. O.

Theorie ganz verschiedentlich aufgefaßt. Jedoch darin sind sich alle einig, daß an die Stelle der aufgelösten Gesellschaft eine neue Gesellschaft, die Abwicklungsgesellschaft tritt, die die alte Gesellschaft in ihren Rechten und Pflichten ablöst. Vertreter dieser — von Wimpfheimer[23]) so genannten — Sukzessionstheorie sind Gierke,[24]) Hergenhahn-Tuchatsch,[25]) Renaud,[26]) v. Hahn,[27]) Franken.[28]) In der Rechtsprechung wurde sie kaum vertreten.[29]) Heute aber ist sie gänzlich aufgegeben worden. Und mit Recht. Denn für die Praxis würde ein solcher Subjektswechsel, wie ihn die Sukzessionstheorie annimmt, einen unheilvollen Wirrwarr mit sich bringen.

Die Verhältnisse der Gesellschafter zueinander und zu der Gesellschaft, die Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten würden verändert. Die Regelung der Vertretung der Gesellschaft und der Haftung für die Verbindlichkeiten der früheren Gesellschaft würde die größten Schwierigkeiten bereiten.

Besonders scharf gegen diese Theorie wenden sich

---

[23]) Wimpfheimer S. 87.

[24]) Gierke vor allem S. 488 ff.

[25]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 318.

[26]) Renaud S. 519 ff.

[27]) v. Hahn Art. 133 §§ 1—4.

[28]) Franken S. 143.

[29]) Zu erwähnen wäre allenfalls die Entsch. d. ROHG. in Bd. 10 S. 357.

die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, die nach dem Hinweis, daß der § 51 d. Entw. — der jetzige § 49 BGB. — im wesentlichen den Vorschriften der Liquidation des Handelsgesetzbuches entspreche, folgendes ausführen:

„Der Abs. 2 stellt fest, daß die Körperschaft bis zur Beendigung der Liquidation noch insoweit als fortbestehend anzusehen ist, als der Zweck der Liquidation es zuläßt und erfordert. Es kann nicht der Auffassung Folge gegeben werden, daß mit dem Erlöschen der Körperschaft die Mitglieder in deren Vermögensrechte mittels Sondernachfolge eintreten und in einer eigentümlich gearteten, eines Organs bedürftigen Rechtsgemeinschaft stehen. Ebensowenig verdient die Ansicht Billigung, nach welcher das vor dem Erlöschen der Körperschaft personifizierte Vermögen nach Eintritt des Erlöschens und des damit verbundenen Wegfalles des vorgestellten Trägers subjektlos unter Vertretung durch Liquidatoren fortbesteht. Die Gestaltung des Entwurfes, welche die Körperschaft und damit auch deren Organisation unter den erforderlichen Beschränkungen in Kraft erhält, ist positiv, aber sie allein wird dem Zwecke der Liquidation und dem praktischen Bedürfnisse gerecht. Die Gestaltung entspricht auch dem Gange der neueren Gesetzgebung“.[30])

Die Sukzessionstheorie widerspricht aber auch —

---

[30]) Mot. zu dem Entw. eines BGB. Bd. 1 S. 115/16.

gerade wie die Fiktionstheorie — den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches.

Bereits bei der Beratung des alten Handelsgesetzbuches wurde betont, der Art. 118 des 1. Entw. (Art. 123 a. HGB. und § 131 HGB.) „sage nicht mehr, als daß die gesellschaftsvertragsmäßige Vertretungsmacht der Gesellschafter durch die Auflösung der Gesellschaft erlösche und daß die produktive Seite der Gesellschaft ihr Ende dadurch finde, schließe somit gar nicht aus, daß alle sonstigen Bestimmungen über die Gesellschaft bis zur Auseinandersetzung derselben Geltung behielten. Es verstehe sich vielmehr von selbst, daß namentlich an den bereits begründeten Rechtsverhältnissen der Gesellschaft zu Dritten und den erworbenen Rechten der letzteren durch die Auflösung der Gesellschaft nichts geändert werden könne".[31])

Schon hieraus folgt, daß die Gesellschaft durch die „Auflösung" nicht ihren Untergang finden, sondern weiter fortbestehen sollte.

In Übereinstimmung hiermit erklärte deshalb auch Art. 144 a. HGB., der dem § 156 HGB. entspricht:

„Ungeachtet der Auflösung der Gesellschaft kommen bis zur Beendigung der Liquidation in bezug auf das Rechtsverhältnis der bisherigen Gesellschafter untereinander sowie der Gesellschaft zu dritten Personen die Vorschriften des 2. und 3. Abschn. zur Anwendung,

---

[31]) Prot. Bd. 9 S. 4542 ff.

soweit sich aus den Bestimmungen des gegenwärtigen (5.) Abschnittes und aus dem Wesen der Liquidation nicht ein anderes ergibt".

Da sich die nicht angezogenen Abschn. 1, 4 und 6 auf die Errichtung der Gesellschaft, ihre Auflösung und die damit zusammenhängende Verjährung beziehen, für die Liquidation also nicht in Betracht kommen können, die Abschn. 2 und 3 jedoch die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft behandeln, so folgt aus der Vorschrift des Gesetzes, daß für die offene Handelsgesellschaft nach Auflösung, abgesehen von den Änderungen, die die Liquidation ihren gesetzlichen Bestimmungen gemäß nach sich zieht, dieselben Vorschriften wie vor der Auflösung gelten sollen. Die Aufgabe der Liquidation ist nun die Beendigung der laufenden Geschäfte, die Bezahlung der Gesellschaftsschulden, die Einziehung der Gesellschaftsforderungen, die Versilberung des Gesellschaftsvermögens und Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern. Die werbende Tendenz tritt naturgemäß bei der Liquidation zurück. Die andere Ordnung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse bedingt die durch die Auflösung hervorgerufene Änderung der Verhältnisse.[32])

Hieraus folgt nun weiter, daß auch nach Eintritt der sogen. Auflösungstatsachen „die Gesellschaft bis zur vollzogenen Verteilung des letzten Gemeinschafts-

---

[32]) vgl. Cosack, HR. S. 517.

vermögens nach wie vor tatsächlich und rechtlich fortbesteht, nur mit dem Unterschiede, daß die werbende Tendenz zurücktritt und wenn es zur Liquidation kommt, die Geschäftsführung und Vertretung zweckentsprechend neu geordnet wird.[33])

Noch weiter geht das neue Handelsgesetzbuch. Im § 158 erklärt es: „Vereinbaren die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung, so finden, solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnisse zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung". — Einer Bestimmung über die Innenverhältnisse bedurfte es natürlicherweise im Gesetze nicht, da diese sich nach der getroffenen Vereinbarung richten. — Demgemäß soll auch hier § 156 zur Anwendung kommen, mit anderen Worten, die Gesellschaft soll trotz „Auflösung" fortdauern.

Für den Fall des Konkurses sieht § 144 die Fortsetzung der Gesellschaft nach Abschluß eines Zwangsvergleichs oder nach Konkursverzicht vor. Also auch im Falle des Gesellschaftskonkurses haben wir die vom Gesetze anerkannte Tatsache, die das Reichsgericht bereits unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs vertrat,[34]) daß die Gesellschaft trotz der Auflösung

---

[33]) Lastig S. 14.

[34]) RG. Bd. 16 S. 3, Bd. 27 S. 132, Bd. 34 S. 362; RG. in Strafs. Bd. 27 S. 12.

durch Konkurseröffnung über ihr Vermögen fortdauert; denn ohne diese Annahme wäre die Bestimmung des § 144 undenkbar.

Unsere Erörterungen führen demnach zu folgendem Ergebnis.

Da sowohl während der Liquidation als auch während ihres Ersatzverfahrens und ebenfalls während des Konkursverfahrens die offene Handelsgesellschaft fortbesteht, so hat durch Eintritt der im § 131 genannten Auflösungstatsachen der Personenverband sein Ende nicht gefunden. Dieser Ansicht, die in der Literatur und Rechtsprechung zwar nicht als Prinzip aufgestellt wurde, aber in deren Sinne doch einzelne Fragen ihre Lösung fanden, hat Lastig zum Siege verholfen. In seiner bereits des öfteren zitierten „Festschrift zu Ehren Dernburgs“ kommt er weiterhin zu folgendem Schluß:

„Eine wirkliche Auflösung der Gesellschaft, ein Fortfall des Personenverbandes, tritt nur und erst mit vollendeter Auskehrung des ganzen Nettogesellschaftsvermögens ein“.[35])

Dieser Auffassung von der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft verdankt die Identitäts- oder Kontinuitätstheorie ihre Entstehung. Diese Theorie wird heute sowohl in der Rechtsprechung[36]) als auch in der

[35]) Lastig S. 44.

[36]) ROHG. Bd. 16 S. 286/87, Bd. 19 S. 194/95; RG. Bd. 32 S. 256, Bd. 34 S. 362, Bd. 54 S. 182; KGJ. Bd. 25 A S. 78, Bd. 26 A S. 222; Bd. 27 A S. 276.

Literatur[37]) vorwiegend vertreten, und sie dürfte auch als die richtige bezeichnet werden.

Hiernach ist die Liquidationsgesellschaft dieselbe Gesellschaft wie die offene Handelsgesellschaft. Die Auflösung hat nur ihre produktive Tätigkeit beendet. Der Personenverband und die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens ist geblieben. Ihr Unterschied von der offenen Handelsgesellschaft besteht darin, daß sie kein Handelsgewerbe mehr betreibt; wenigstens betreibt sie es nicht mehr dauernd; jedoch nimmt sie noch die letzten Akte des Gewerbebetriebes vor, weshalb auch ihre Kaufmannseigenschaft bestehen bleibt.[38]) Die Liquidation bringt nur eine Änderung in der Organisation der Gesellschaft mit sich, die eben zum Zwecke der Liquidation fortbesteht. Erst die Beendigung der Liquidation bewirkt das Ende aller Rechtsbeziehungen der Gesellschaft, führt den vollständigen Untergang der Gesellschaft herbei, daher ist auch jetzt die Firma zu löschen.[39])

Mit Recht bezeichnet daher Staub[40]) im § 137,

---

[37]) Staub § 131 Anm. 1, § 145 Anm. 3; Puchelt-Förtsch Art. 144; Cosack, Handelsrecht S. 517; Goldmann § 292 Ziff. 2, § 294 Ziff. 1; Lehmann S. 323; Staudinger § 730 BGB. Anm. 1; Dernburg § 366 BGB. Bd. 1 S. 565.

[38]) ROHG. Bd. 23 S. 144; Staub § 1 Anm. 25; Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 49.

[39]) § 157.

[40]) Staub § 137 Anm. 4.

der für den Fall, daß die Gesellschaft durch den Tod oder Konkurs eines Gesellschafters aufgelöst wird, für den Erben und die übrigen Gesellschafter die Pflicht zur einstweiligen Fortführung der Geschäfte normiert, den Satz „die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend" als überflüssig und unrichtig. Denn die Gesellschaft ist nicht untergegangen sondern lebt fort; sie ist in den Zustand der Abwicklungsgesellschaft getreten, und sie gilt nicht nur insoweit, als die Pflicht zur Fortführung der Geschäfte besteht, sondern überhaupt als fortbestehend.

Die oben entwickelte Bedeutung der Auflösung läßt sich auch mit dem Sinne des Wortes „auflösen" vereinbaren, ohne mit Cosack[41]) sagen zu müssen, das Gesetz spreche mit Unrecht von Auflösung, die Gesellschaft dauere ja noch fort.

Das Wort „Auflösung" wird nämlich im verschiedenen Sinne gebraucht. Es kann den Vorgang, Prozeß, den Zustand des Aufgelöstwerdens bezeichnen oder die abgeschlossene Tatsache des Aufgelöstseins. Gibt man nun den Worten des § 131 „die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst" die Bedeutung, „die offene Handelsgesellschaft wird durch die dort angeführten Tatsachen in das Stadium der Auflösung gebracht", „die Gesellschaft löst sich von da ab auf",[42]) so ergibt sich die

---

[41]) Cosack, HR. S. 516.

[42]) vgl. Wimpfheimer S. 100ff.

volle Übereinstimmung des Wortes Auflösung mit dem oben entwickelten Begriffe der Auflösung.

In neuester Zeit hat Wimpfheimer in seiner bereits zitierten Schrift „Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation“ ausgehend von dem Satze, Auflösung bedeute, die Auflösung werde in Gang gesetzt, im Gegensatze zu den drei oben genannten Theorien eine Theorie aufgestellt, in der er die Liquidation als „das Stadium der fortdauernden Gesellschaft“ bezeichnet.[43])

In Wirklichkeit ist diese Theorie aber keine neue, sondern nur die Ergänzung und Vervollkommnung der Identitätstheorie, die bei vielen Schriftstellern eine etwas lückenhafte Behandlung erfährt, und bei der es bisher an der Erklärung fehlte, was das Wort „Auflösung“ bedeutet.

Die Liquidation ist die regelmäßige Form der Auflösung. Sie tritt, sofern die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung nicht vereinbart haben oder der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist,[44]) unmittelbar als Folge der Auflösung kraft Gesetzes ein. Sie tritt ein, ohne daß die Parteien sie gewollt haben, selbst dann, wenn die Parteien sie nicht gewollt haben.[45]) Zwar sagt die Denkschrift, der Fall des § 158

[43]) Wimpfheimer S. 116.

[44]) § 145.

[45]) RG. Bd. 25 S. 257; Staub § 145 Anm. 6; Makower § 145 IIa; Cosack, HR. S. 517; Lehmann-Ring § 145 Nr. 3; Lehmann S. 323.

liege vor (§ 158 lautet: Vereinbaren die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung, so finden, solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnisse zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung), „wenn die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben, und selbstverständlich auch, wenn eine bestimmte Entschließung hierüber noch nicht erfolgt ist".[46]) Aber dies kann nicht als richtig erachtet werden; denn die Bestimmung des § 145 ist eine Dispositivvorschrift, und eine solche greift dann stets Platz, wenn eine andere Vereinbarung nicht getroffen wird. Die Liquidation tritt auch nicht etwa erst mit der Anmeldung der Liquidatoren zum Handelsregister ein; diese hat vielmehr nur deklaratorische Wirkung. Eine Schwebezeit besteht nach der Auflösung nicht, in der die Gesellschafter überlegen könnten, welche Art der Auseinandersetzung sie wählen sollen. Falls sie erst nach Auflösung der Gesellschaft eine andere Auseinandersetzung wählen, liegt hierin die Aufhebung der bereits eingetretenen Liquidation. Folgte man der Meinung der Denkschrift, die auch Goldmann vertritt,[47]) so würde die Gesellschaft bis zu dem Zeitpunkte, wo die Gesell-

---

[46]) Denkschr. S. 108, bei Mugdan S. 279.

[47]) Goldmann § 145 Ziff. 13; für das a. HGB. s. Strey S. 151.

schafter sich über die Art der Auseinandersetzung schlüssig werden, ohne Vertretung sein.[48]) Ein ganz unhaltbarer Zustand!

Die Liquidation ist also im Augenblicke der Auflösung eingetreten, und darauf, daß wirklich liquidiert werde, hat jeder Gesellschafter einen rechtlichen Anspruch.[49]) Die Liquidation müßte denn gegenstandslos sein, weil z. B. Aktivvermögen nicht vorhanden ist.[50]) Die Beteiligten können aber, wie gesagt, statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren. Diese Vereinbarung kann während des Bestandes oder nach der Auflösung der Gesellschaft erfolgen.[51]) Sie kann den verschiedensten Inhalt haben, z. B. Verkauf des Geschäftes und Teilung des Erlöses, Übertragung des Vermögens an einen Gesellschafter, Teilung in Natur, Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und dergleichen.[52])

Wenn der Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet ist, findet ebenfalls keine Liquidation statt, weil das Konkursverfahren jedes anderweitige Liquidationsverfahren absorbiert.[53]) Der Konkurs ist eine Zwangsliquidation. Der Unterschied zwischen ihm

---

[48]) Makower § 158 I.

[49]) ROHG. Bd. 22 S. 204.

[50]) RG. Bd. 40 S. 31.

[51]) Lehmann-Ring § 145 Nr. 3.

[52]) Denkschr. S. 103, bei Mugdan S. 275.

[53]) Goldmann § 145 Ziff. 19.

und der Liquidation ist hauptsächlich folgender. Der Konkurs ist ein gerichtliches Verfahren, geschaffen durch zwingendes Recht zwecks Durchführung der Rechte der Gläubiger. Die Liquidation ist dagegen eine durch dispositives Gesetz im Interesse der Gesellschafter angeordnete außergerichtliche Abwicklung, bei der der einstimmige Wille der Gesellschafter maßgebend ist.[54]) An Stelle der Liquidatoren übt der Konkursverwalter das Verwaltungs- und Verfügungsrecht aus. Nach Beendigung des Konkurses tritt die Liquidation gemäß § 145 ein, sofern noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist und die Gesellschafter keine andere Art der Auseinandersetzung wählen.[55])

Unsere bisherigen Erörterungen führen zu folgendem Resultat.

1. Beim Vorliegen der vom Gesetze im § 131 aufgezählten Auflösungstatsachen tritt die Gesellschaft, sofern nicht ein Fall des Ausscheidens der Gesellschafter vorliegt, in das Stadium der Auflösung und Auseinandersetzung ein. Die Auflösung erreicht ihr Ende mit der Beendigung der Auseinandersetzung.

2. Die Auseinandersetzung ist entweder die Liquidation oder ein anderes von den Gesellschaftern gewähltes Verfahren; im Falle des Konkurses der Gesell-

---

[54]) Lehmann S. 323; Lehmann-Ring S. 315.

[55]) ROHG. Bd. 16 S. 280; RG. Bd. 40 S. 31; Bolze Bd. 1 Nr. 1117; Lehmann-Ring § 144 Nr. 7; Makower § 144 III b.

schaft übt der Konkursverwalter die Befugnisse der Liquidatoren aus, und die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern tritt erst nach Beendigung des Konkursverfahrens ein.

III. Die einzelnen Fälle der Fortsetzung.

§ 3.

A. Die Fortsetzung nach Auflösung durch den Gesellschaftskonkurs.

Die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens wie auch die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft sind der Grund, daß über das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Konkursverfahren stattfindet.[1]) Der Konkurs hat die Auflösung der Gesellschaft unmittelbar zur Folge. Konkursgrund ist ausschließlich die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft.[2]) Die Eröffnung des Konkurses ist auch nach Auflösung der Gesellschaft aus einem anderen Grunde noch so lange möglich, als ungeteiltes Vermögen der aufgelösten Gesellschaft vorhanden ist,[3]) d. h. also, solange die Auseinandersetzung, sei es die Liquidation oder eine andere Art der Auseinandersetzung, nicht beendet ist. Antragsberechtigt

---

[1]) Jaeger, KO. §§ 209, 210 Anm. 1; Bauers Zeitschr. Bd. 9 S. 299.

[2]) § 209 KO.

[3]) §§ 209 Abs. 2, 207 Abs. 2 KO.

ist außer dem Konkursverwalter jeder Liquidator und Gesellschafter.[4]) Träger der Gemeinschuldnerrolle sind nach der herrschenden Lehre die Gesellschafter selbst und in ihrer Gesamtheit, nicht nur die geschäftsführenden oder vertretenden Gesellschafter.[5]) Die Liquidatoren als solche, d. h. insofern sie nicht Gesellschafter sind, erscheinen nicht als Gemeinschuldner, sondern als gesetzliche Vertreter derselben. Die Firma erlischt nicht mit der Konkurseröffnung. Der etwaige einstweilige Geschäftsstillstand hat nur ein Ruhen des Firmenrechts, nicht dessen Erlöschen im Gefolge.[6])

Für die Beendigung des Konkurses gelten die allgemeinen Regeln. Beendigungsgründe sind die Aufhebung und die Einstellung. Die Aufhebung erfolgt nach normaler Aufteilung der Masse[7]) oder nach Abschluß eines Zwangsvergleiches.[8]) Für den Zwangsvergleich besteht bei der offenen Handelsgesellschaft die besondere Vorschrift, daß der Vergleichsvorschlag von allen Gesellschaftern ausgehen muß, und daß der

---

[4]) § 210 KO.

[5]) Jaeger, KO. §§ 209 u. 210 Anm. 10; Wilmowski § 209 Anm. 2; Fitting § 55 Note 7; Seuffert S. 75; Petersen § 209 Anm. 6; Mot. II S. 447; Staub § 131 Anm. 12; Cosack, HR. S. 523; Endemann S. 399; RG. in JurW. S. 454 Nr. 7.

[6]) Jaeger, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 117.

[7]) § 163 KO.

[8]) § 190 KO.

Vergleich, soweit er nicht ausdrücklich ein anderes festsetzt, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter begrenzt.[9]) Die Einstellung geschieht bei allgemeinem Konkursverzicht der Konkursgläubiger[10]) oder Unzulänglichkeit der Masse zur Kostendeckung.[11]) Über das nach Aufhebung oder Einstellung etwa verbleibende Gesellschaftsvermögen erhalten die Gesellschafter als solche das freie Verfügungsrecht zurück,[12]) und die Gesellschaft tritt, wie bereits früher ausgeführt, in die Liquidation ein. Aber nicht notwendig ist es, daß die Gesellschaft ihrem Ende zugeführt wird.

Bereits unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches wurde lebhaft umstritten, ob die offene Handelsgesellschaft nach Beendigung des Gesellschaftskonkurses fortgesetzt werden könne. Die Mehrzahl der Schriftsteller, so Keyßner,[13]) Renaud,[14]) Puchelt-Förtsch,[15]) Hergenhahn-Tuchatsch,[16]) vertrat die Ansicht, die nach Beendigung des Gesellschaftskonkurses von den bisherigen Gesellschaftern auf Grund der alten aufgelösten Gesellschaft gegründete

---

[9]) § 211 KO.
[10]) § 203 KO.
[11]) § 204 KO.
[12]) §§ 192, 206 KO.
[13]) Keyßner S. 13.
[14]) Renaud S. 491.
[15]) Puchelt-Förtsch S. 268.
[16]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 228.

Gesellschaft sei eine neue. Manche gingen sogar so weit, daß sie eine für diesen Fall vorgesehene Bestimmung im Gesellschaftsvertrage als unwirksam erklärten.[16]) Die gegenteilige Meinung vertraten Behrend,[17]) Anschütz und v. Völderndorff[18]) und Jaeger.[19]) Ihr trat das Reichsoberhandelsgericht[20]) und das Reichsgericht[21]) für den Fall bei, daß der Konkurs seine Beendigung durch Zwangsvergleich gefunden habe. Der Ansicht des Reichsgerichts hat sich der Gesetzgeber des neuen Handelsgesetzbuches angeschlossen; er hat jedoch auch den Fall einbegriffen, in dem der Konkurs auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt ist. Der § 144, den wir bereits mehrmals zitiert haben, lautet wörtlich: „Ist die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt, so können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen. Die Fortsetzung ist von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden".

---

[16]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 228.

[17]) Behrend S. 594.

[18]) Anschütz und v. Völderndorff S. 274 Anm. 3.

[19]) Jaeger, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 116.

[20]) ROHG. Bd. 16 S. 284.

[21]) RG. Bd. 28 S. 132.

Goldmann[22]) und mit ihm Jaeger[23]) und Bett[24]) fassen die Bedeutung der Worte „durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst“ dahin auf, daß die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft nur beschlossen werden kann, wenn der Konkurs der Auflösungsgrund gewesen ist, nicht wenn die Konkurseröffnung die Gesellschaft im Stadium der Liquidation ereilt hat. Desgleichen halten sie im Gegensatze zu Staub[25]) und Lehmann[26]) die Fortsetzung der Gesellschaft nur in den Fällen der Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich oder durch Konkursverzicht, nicht in den anderen Fällen der Konkursbeendigung für statthaft. Beides ist unrichtig. Ist die Gesellschaft aus einem anderen Grunde als durch den Gesellschaftskonkurs bereits aufgelöst gewesen, so befand sie sich im Liquidations- oder in einem anderen Abwicklungsverfahren. Dieses Verfahren wurde für die Zeit des Konkurses durch das Konkursverfahren abgelöst. Desgleichen tritt die Gesellschaft nach Konkursbeendigung wieder in die Liquidation ein. Die Beantwortung der Frage nach der Fortsetzungsmöglichkeit der Gesellschaft

---

[22]) Goldmann § 144 Ziff. 3—5.

[23]) Jaeger, KO. §§ 209, 210 Anm. 20.

[24]) Bett S. 104.

[25]) Staub § 131 Anm. 2.

[26]) Lehmann S. 329; a. A. auch Sydow-Busch § 209 Anm. 5.

nach Beendigung des Konkurses bei anderen als den im § 144 genannten Beendigungsarten ist daher zunächst von der weiteren Frage abhängig, ob die Gesellschaft in Liquidation noch fortgesetzt werden kann. Diese Frage ist zu bejahen. Zwar soll dieser Satz später erst bewiesen werden. Aber da wir unabhängig von diesen Ausführungen zu dem genannten Ergebnis kommen, so liegt kein Grund vor, ihn nicht bereits hier für unsere Zwecke zu verwerten.

Hier brauchen nur noch die Gründe geprüft zu werden, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, die Fortsetzungsmöglichkeit der in Konkurs geratenen Gesellschaft nur für die Fälle der Beendigung des Konkurses nach einem Zwangsvergleiche oder Konkursverzichte ausdrücklich auszusprechen.

Die Frage, ob die Fortsetzung auch beschlossen werden kann, wenn das Konkursverfahren vollständig durchgeführt worden ist, wird nicht leicht praktisch werden; denn in einem solchen Falle wird sich nach Befriedigung der Gläubiger wohl kaum ein Überschuß ergeben, der zur Verteilung unter die Gesellschafter bestimmt ist, und selbst wenn dies der Fall wäre,[27]) so fehlt es doch nach Veräußerung der zur Aktivmasse gehörigen Gegenstände meist schon an den tatsächlichen Voraussetzungen zum Fortbetriebe des Geschäfts. Dasselbe muß natürlich in ähnlicher Weise für den Fall

---

[27]) vgl. Hellmann S. 515 Anm. 1.

gelten, daß das Konkursverfahren eingestellt wird, weil eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist. Dagegen wird es, falls tatsächlich eine günstige Vermögenslage der Gesellschaft sich ergibt, in der Regel zu einem Konkursverzicht oder Zwangsvergleich kommen. Ja, in vielen Fällen wird die Einstellung des Verfahrens auf Antrag des Gemeinschuldners oder der Zwangsvergleich gerade den Zweck haben, die Fortführung der Gesellschaft zu ermöglichen, und die Konkursgläubigerschaft wird die Fortsetzung der Gesellschaft zur Bedingung des Konkursverzichts oder des Zwangsvergleichs machen.[28]) Praktisch wird also die Fortsetzung der Gesellschaft fast nur in diesen Fällen der Konkursbeendigung werden, und es dürfte daher der Gesetzgeber nur im Hinblick auf die Praxis diese beiden Fälle im Gesetz genannt haben, ohne aber damit sagen zu wollen, daß eine Fortsetzung bei den anderen Beendigungsarten des Konkurses ausgeschlossen sein solle.

Selbstverständlich ist die Fortsetzung der Gesellschaft, wenn der Eröffnungsbeschluß nach sofortiger Beschwerde, die übrigens bei der offenen Handelsgesellschaft einem jeden Gesellschafter gegeben ist,[29]) aufgehoben wird. Hier werden die gesetzlichen Wirkungen des Konkurses rückgängig gemacht. Das begangene

---

[28]) Petersen in Holdheims Monatsschr. 1892 Nr. 3 S. 23.

[29]) JurW. 1895 S. 454, 7.

Versehen soll wieder gut gemacht werden. Die Auflösung wird als nicht erfolgt angesehen, und die Fortsetzung findet ohne besonders darauf gerichteten Beschluß statt.[30])

Was die Frage anbetrifft, ob zu dem Fortsetzungsbeschluß Einstimmigkeit aller Gesellschafter erforderlich ist, oder ob, wenn nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden hat, ein Mehrheitsbeschluß genügend ist, so hält die herrschende Meinung einen Mehrheitsbeschluß für ausreichend.[31]) Meiner Ansicht nach ist dies unrichtig. Die Bestimmungen des § 119 beziehen sich nur auf die Beschlüsse während des Bestehens der Gesellschaft, nicht auf die Beschlüsse nach der Auflösung der Gesellschaft. Da zudem ein jeder Gesellschafter ein Recht auf Liquidation hat,[32]) bedarf ein Beschluß, der statt der Auseinandersetzung die Fortsetzung ausspricht, der Einstimmigkeit sämtlicher Gesellschafter.

§ 4.

B. Die Fortsetzung nach Auflösung durch Zeitablauf.

Die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst durch den Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist.

---

[30]) Jaeger, KO. § 109 Nr. 4; Bett S. 103; Planck I § 74.

[31]) Staub § 144 Anm. 4; Goldmann § 144 Ziff. 8; Makower § 144, I.

[32]) s. S. 21.

Diese Zeit kann sowohl durch Bezugnahme auf den Kalender wie auch durch den Hinweis auf ein anderweitiges Ereignis bestimmt sein;[33]) gleichgültig ist, ob dieses im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage oder durch eine spätere Vereinbarung geschehen ist.[34]) Mit dem angegebenen Zeitpunkte tritt die Gesellschaft in das Liquidationsstadium ein. Die Gesellschafter können aber die Auflösung rückgängig machen. Der Art. 123 a. HGB. bestimmte bereits unter Nr. 5, daß die Gesellschaft durch Zeitablauf aufgelöst werde, sofern nicht die Gesellschafter dieselbe stillschweigend fortsetzten; in diesem Falle sollte sie von da an als auf unbestimmte Dauer eingegangene Gesellschaft gelten. Damit war anerkannt, daß die Gesellschaft auch dann nicht als beendet zu betrachten war, wenn erst nach Ablauf der Zeit, für welche sie vertragsmäßig errichtet war, der übereinstimmende Wille der Gesellschafter, die Gesellschaft fortzusetzen, sich kundgab.

Die Bestimmungen des alten Handelsgesetzbuchs, die Auflösung der Gesellschaft trete bei stillschweigender Fortsetzung nicht ein, war ungenau und höchstens für den Fall richtig, daß sich die Absicht der Fortsetzung bereits vor dem Ablauf der Zeit kundgegeben hatte. Dieser Fall ist aber dem obengenannten Falle gleichzustellen, in dem die ursprüngliche Bestimmung über die

---

[33]) Prot. S. 1007.

[34]) Staub § 131 Anm. 5.

Zeitdauer im Gesellschaftsvertrage durch eine spätere ausdrückliche Vereinbarung abgeändert worden ist. Allerdings konnte sie auch für den Fall gelten, daß die stillschweigende Vereinbarung im Augenblicke des Zeitablaufs geschlossen wurde. Aber daß eine solche Vereinbarung gerade im Augenblicke des Zeitablaufs geschlossen wird, ist wohl recht selten. Denn der Wille der Gesellschafter, die Gesellschaft zu erhalten, gibt sich in Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung darin kund, daß ohne Widerspruch einzelner Mitglieder das gemeinschaftliche Handelsgewerbe fortgesetzt und die Firma fortgeführt wird, andererseits ist die Gesellschaft nicht täglich in der Lage, Handelsoperationen vorzunehmen und von ihrer Firma Gebrauch zu machen.[35])

Vielmehr wird ein solcher Beschluß fast immer nach Eintritt des Auflösungsgrundes gefaßt werden. Ist die Zeit abgelaufen, dann tritt die Auflösung eo ipso ein, und es kann höchstens von einer Rückgängigmachung der Auflösung die Rede sein.

Der Gesetzgeber des neuen Handelsgesetzbuches hat die gleiche Vorschrift daher richtiger gefaßt, wenn er sagt:

„Eine Gesellschaft, die . . . nach dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird, steht im Sinne der Vorschriften . . . einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gleich".

---

[35]) Renaud S. 447.

Diese Bestimmung spricht also nicht davon, daß in einem solchen Falle die Auflösung gar nicht stattfindet, nimmt vielmehr eine Fortsetzung nach Zeitablauf als selbstverständlich möglich an und gibt für den Fall, daß diese Fortsetzung stillschweigend erfolgt, eine Auslegungsregel. Eine ausdrückliche Fortsetzung ist, was auch im alten Handelsgesetzbuche nicht zweifelhaft war,[36]) also ebenfalls nach Zeitablauf möglich.[37]) Daß der Beschluß einstimmig zu erfolgen hat, bedarf nach den Ausführungen im vorigen Paragraphen keiner weiteren Erörterungen.[38]) Betreffs der stillschweigenden Fortsetzung sei nur noch das eine bemerkt, daß die Parteien auch die Absicht haben können, dies für eine bestimmte Zeit zu tun, z. B. für die nämliche Zeit, für welche die Gesellschaft früher abgeschlossen war. Ist diese Absicht erkennbar, so muß sie natürlich maßgebend sein.[39])

Es entsteht nun die wichtige Frage, in welchem Zeitpunkte sich der übereinstimmende Wille der Gesellschafter auf Fortsetzung kundgeben muß. Daß ein solcher Entschluß im Momente der Auflösung, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, gefaßt wird, ist, wie bereits gesagt, äußerst selten, und eine Verabredung vor Zeitablauf fällt nicht unter § 134.

---

[36]) Puchelt-Förtsch § 123 Anm. 9.

[37]) Staub § 134 Anm. 2; Lehmann-Ring § 134 Anm. 2.

[38]) s. hierzu auch Staub § 134 Anm. 2.

[39]) v. Hahn Art. 123 §§ 10 u. 11; Goldmann § 134 Ziff. 7.

Unter dem alten Handelsgesetzbuch vertraten Renaud,[40]) Hergenhahn-Tuchatsch,[41]) Puchelt-Förtsch,[42]) ausgehend davon, daß nicht immer im Augenblicke des Zeitablaufs eine solche Vereinbarung auf Fortsetzung getroffen werden könne, die Ansicht, es sei zur Erhaltung der Gesellschaft genügend, wenn zwischen dem Ablauf der vertragsmäßigen Gesellschaftsdauer und der tatsächlichen Fortsetzung der Gesellschaft nicht solche Handlungen vorgenommen seien, welche die Absicht kundgäben, die Gesellschaft als aufgelöst zu betrachten, z. B. Beginn der Liquidation, die Anmeldung der Auflösung bei dem Gerichte oder Erlaß von Zirkularen an die Geschäftsfreunde, worin die Auflösung angekündigt werde. Dagegen dürfe keine Unterbrechung der Kontinuität der Gesellschaft, wie sie sich in den aufgezählten Handlungen der Gesellschaft offenbare, stattfinden. Setzten die Gesellschafter in einem solchen Falle trotzdem die Gesellschaft mit der alten Firma fort, so liege hierin eine Neugründung. Dagegen erklärten v. Hahn[43]) und Behrend[44]) die Fortsetzung der Gesellschaft auch dann für möglich, wenn bereits Liquidationshandlungen vorgenommen waren.

---

[40]) Renaud S. 447.

[41]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 231.

[42]) Puchelt-Förtsch Art. 123 Nr. 1.

[43]) v. Hahn Art. 123 § 2.

[44]) Behrend S. 550.

Die letztere Ansicht dürfte die richtige sein, und sie ist auch heutzutage fast allgemein angenommen worden.[45])

Die Richtigkeit der herrschenden Ansicht folgt aus der Natur der Liquidation. Bei Eintritt des Auflösungsgrundes des Zeitablaufs tritt die Gesellschaft mangels einer anderen Bestimmung in das Liquidationsstadium eo ipso ein. Die Gesellschafter werden zu Liquidatoren. Daß die Liquidation eingetreten ist, ist nicht die Folge der Anmeldung der Auflösung und der Liquidatoren zum Handelsregister, auch nicht die Wirkung der Vornahme anderer Liquidationshandlungen. Aus den Liquidationshandlungen kann sich höchstens für Dritte ergeben, daß die Gesellschafter die Liquidation, zu welcher die Gesellschaft geführt worden ist, auch wirklich durchführen wollen. Umgekehrt kann aus anderen Umständen gefolgert werden, daß die Gesellschafter die Liquidation nicht durchführen wollen, sondern die Fortsetzung der Gesellschaft beabsichtigen. Dann liegt aber eine Rückgängigmachung der Auflösung, eine Rückbildung der Gesellschaft vor. Weshalb diese Rückbildung nun nicht möglich sein soll, wenn bereits Liquidationshandlungen vorgenommen sind, ist nicht recht ersichtlich. Die Auflösung der Gesellschaft nimmt dieser die

---

[45]) Staub § 131 Anm. 2; Makower § 131 III b; Lehmann-Ring § 131 N. 2 S. 285; Lastig S. 18; Dernburg, BGB. § 366 I; KGJ. 25 A S. 78; a. A. Goldmann-Lilienthal § 199 Anm. 43; Gareis S. 157; Wimpfheimer S. 126.

produktive Tätigkeit. Neue Geschäfte sollen die Liquidatoren nur insoweit eingehen, als sie zur Beendigung schwebender Geschäfte notwendig sind.[46]) Aber diese Bestimmung entspricht nur dem Zwecke der Liquidation; sie entfällt, wenn die Liquidation aufgehoben werden soll und die Gesellschafter beschließen, wieder ein Handelsgewerbe zu betreiben.

Die Gesellschafter können ja auch im Liquidationsstadium stets eine andere Art der Auseinandersetzung beschließen; weshalb nicht auch die Fortsetzung! Auch wenn die Liquidatoren dritte Personen sind, ist dies kein Hindernis. Denn die Liquidatoren können jederzeit durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten abberufen werden,[47]) desgleichen haben sie den einstimmigen Anordnungen der Beteiligten in betreff der Geschäftsführung Folge zu leisten.[48]) Beteiligte sind aber im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch Zeitablauf sämtliche Gesellschafter.

Man hat nun eingewendet, weil das Gesetz nur die Fortsetzung der Gesellschaft für bestimmte Fälle der Beendigung des Gesellschaftskonkurses erwähne, stelle es diese Fälle als Ausnahme hin und schließe die Fortsetzung in anderen Fällen der Auflösung aus. Zudem pflegten nach der modernen Gesetzestechnik Rechts-

---

[46]) § 149.

[47]) § 147.

[48]) § 152.

sätze, die lediglich logische Folgerungen anderer darstellten, im Gesetze nicht besonders ausgesprochen zu werden. Wenn also solche Detailfragen geregelt seien, dann könne man im allgemeinen schließen, daß nach der Meinung des Gesetzes das Prinzip als solches und an sich zu anderen Konsequenzen führen müsse oder jedenfalls ihm der besonders normierte Satz als unbedingte Folge nicht innewohne.[49])

Dem ist entgegenzuhalten, daß die Bestimmungen über die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft nach Konkursbeendigung nur deshalb ausdrücklich Aufnahme im Gesetze erhalten haben, weil eine entsprechende Bestimmung für die Aktiengesellschaft nicht entbehrt werden kann und man nicht den Anschein erwecken wollte, als ob für die offene Handelsgesellschaft ein anderes gelten sollte.[50])

Auch darin kann kein Hindernis gefunden werden,[51]) daß das Gesetz, das für die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft nach Konkursbeendigung den Gesellschaftern die Pflicht zur Anmeldung der Fortsetzung zum Handelsregister auferlegt, eine solche Bestimmung für die Fortsetzung in anderen Fällen nicht enthält. Denn die Auflösung der Gesellschaft durch Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen wird ohne Zutun

---

[49]) Wimpfheimer S. 127 u. 124.

[50]) Denkschr. S. 103, bei Mugdan S. 274.

[51]) Wimpfheimer S. 129.

der Gesellschafter von Amts wegen eingetragen. Bei der Auflösung der Gesellschaft durch andere Gründe liegt die Anmeldung sämtlichen Gesellschaftern ob.[52]) Es lag nun die Gefahr nahe, daß im Falle der Fortsetzung der Gesellschaft nach Gesellschaftskonkursbeendigung die Gesellschafter, die ja die Auflösung nicht angemeldet haben, auch die Fortsetzung nicht zur Anmeldung bringen würden. Dieser Grund mag den Gesetzgeber zur Aufnahme dieser Bestimmung im § 144 veranlaßt haben.

Allerdings ist allgemein anerkannt, daß im Handelsregister nur die im Gesetze aufgezählten Einträge Aufnahme finden können und daß für überflüssige Einträge kein Raum gegeben ist.[53]) Aber es handelt sich im Falle, daß die Auflösung rückgängig gemacht wird, um eine Eintragung im Handelsregister, die unrichtig geworden ist. Ein jeder, der mit der Handelsgesellschaft in Verbindung steht, hat das größte Interesse daran, daß die Eintragung berichtigt werde; sie ist nicht überflüssig, sondern selbstverständlich.

Bis jetzt ist nur von dem Normalfalle der Auseinandersetzung, der Liquidation, die Rede gewesen, und es ist hierbei festgestellt worden, daß nach Auflösung der Gesellschaft durch Zeitablauf die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen werden kann, auch wenn bereits

---

[52]) § 143.

[53]) Staub, Exkurs zu § 8 N. 6; Makower § 12 N. 5c; Lehmann-Ring § 8 N. 5.

Liquidationshandlungen vorgenommen worden sind. Das gleiche muß aber auch gelten, wenn die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren und diese Auseinandersetzung bereits begonnen hat aber noch nicht bis zu Ende durchgeführt worden ist. So z. B. wenn bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft der eine der beiden Gesellschafter nach der Auflösung das Geschäft nebst Firma übernehmen sollte, die Auseinandersetzung aber noch nicht vollständig zum Abschluß gelangt ist.[54])

§ 5.

C. Die Fortsetzung nach Auflösung durch Beschluß der Gesellschafter.

Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft kann unmittelbar durch Beschluß der Gesellschafter herbeigeführt werden, d. h. durch einen Beschluß, daß die Gesellschaft sofort aufgelöst werden soll. Ein Beschluß, daß die Gesellschaft sich in einem späteren Zeitpunkte auflösen soll, wäre nur eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages dahingehend, daß die Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen ist, sich ändere. Der Beschluß muß einstimmig erfolgen, sofern nicht für diesen Fall nach dem Gesellschaftsvertrage ein Mehrheitsbeschluß ausreichend erscheint.[55])

[54]) Makower § 131, IIIb; OLGRspr. Bd. 6 S. 352.

[55]) Makower § 131, Ib; Staub § 131 Anm. 6; Lehmann-Ring § 131 Nr. 2; v. Hahn Art. 123 § 10.

Ebenso wie die durch Zeitablauf aufgelöste Gesellschaft kann auch die durch Beschluß aufgelöste Gesellschaft wieder fortgesetzt werden. Wie oben ausgeführt, nimmt der Gesetzgeber im § 134 die Möglichkeit der Fortsetzung nach Zeitablauf als selbstverständlich an. Es bedarf nur eines stillschweigenden oder ausdrücklich hierauf gerichteten Beschlusses sämtlicher Gesellschafter. Der Fall der Auflösung durch Beschluß der Gesellschafter ist nun eng mit diesem Falle verwandt. Bei beiden erfolgt die Auflösung durch Willensübereinstimmung sämtlicher Gesellschafter. Daher rechtfertigt sich auch der Schluß, daß der Gesetzgeber auch hier die Fortsetzungsmöglichkeit als selbstverständlich ansieht.

Die Fortsetzung kann natürlich im Liquidations- oder in jedem anderen Auseinandersetzungsstadium erfolgen. Erfolgt die Fortsetzung im Momente der Auflösung, so handelt es sich um ein „Fortbestehen".[56]) Als solches unmittelbares Fortbestehen wird es auch angesehen, wenn auf Grund gegenseitiger Übereinkunft ein Gesellschafter austritt und ein zweiter gleichzeitig eintritt.[57])

§ 6.

D. Die Fortsetzung nach Auflösung durch den Tod eines Gesellschafters.

Im allgemeinen wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst. Jedoch kann der

[56]) Staub § 131 Anm. 8.

[57]) ROHG. Bd. 14 S. 151; KGBl. 95, 21.

Gesellschaftsvertrag, sei es der ursprüngliche oder eine spätere Abänderung, eine abweichende Bestimmung hierüber enthalten.[58]) Er kann z. B. sagen, daß in einem solchen Falle die Gesellschaft zwischen den übrigen Gesellschaftern fortbestehen solle.[59]) Die Bestimmung kann auch dahin lauten, daß die Gesellschaft mit dem Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden solle. Ist eine solche Bestimmung getroffen, so kann jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Falls die übrigen Gesellschafter einen dahin gehenden Antrag des Erben nicht annehmen, ist dieser befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären.[60])

In beiden Fällen spricht das Gesetz nur von einer Bestimmung, die vor dem Tode des Gesellschafters getroffen worden ist. Die Gesellschaft wird hier nicht aufgelöst; es findet nur ein Ausscheiden des Verstorbenen statt. Die Worte „mit dem Erben fortgesetzt werden soll“ sind also nicht in dem hier entwickelten Sinne zu verstehen.

---

[58]) Staub § 131 Anm. 17.

[59]) § 138.

[60]) § 139.

Zweifelhaft erscheint es, ob nach Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters die Auflösung wieder dadurch rückgängig gemacht werden kann, daß die Gesellschafter mit dem Erben oder ohne ihn die Gesellschaft stillschweigend oder ausdrücklich fortsetzen. Goldmann,[61]) Lehmann-Ring,[62]) Endemann,[63]) Puchelt-Förtsch[64]) erblicken in einer solchen Vereinbarung die Errichtung einer neuen Gesellschaft, indem sie sich auf den strengen Wortlaut des Gesetzes „im Gesellschaftsvertrage" berufen. Dagegen wird nach der herrschenden Lehre, die von Renaud,[65]) Hergenhahn-Tuchatsch,[66]) v. Hahn,[67]) Staub,[68]) Makower[69]) und Cosack[70]) vertreten wird, in einem solchen Falle die Gesellschaft fortgesetzt. Ihr hat sich auch jüngst das Kammergericht, das früher den entgegengesetzten Standpunkt vertrat,[71]) angeschlossen.[72])

---

[61]) Goldmann § 131 Ziff. 2 u. 3.
[62]) Lehmann-Ring § 139 Nr. 1.
[63]) Endemann S. 413.
[64]) Puchelt-Förtsch Art. 123 Nr. 3.
[65]) Renaud S. 471.
[66]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 264.
[67]) v. Hahn Art. 123 § 2.
[68]) Staub § 131 Anm. 3.
[69]) Makower § 131 III b.
[70]) Cosack, HR. S. 528.
[71]) KGJ. Bd. 23 A S. 93.
[72]) KGJ. Bd. 26 A S. 223.

Allerdings spricht das Gesetz davon, daß beim Tode eines Gesellschafters die Auflösung nur dann nicht stattfinde, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrage etwas anderes ergebe. Diese Aufstellung ist auch richtig. Fehlt es nämlich an einer solchen Bestimmung, so tritt die Auflösung beim Tode eines Gesellschafters eo ipso ein. Sie kann aber wieder rückgängig gemacht werden! Im Falle des Todes eines Gesellschafters hat der Erbe des Verstorbenen die Pflicht, bei Gefahr im Verzuge die von seinem Erblasser zu besorgenden Geschäfte fortzuführen.[73]) Desgleichen muß der Erbe die Auflösung und die Liquidatoren im Verein mit den übrigen Gesellschaftern zum Handelsregister anmelden.[74]) Mehrere Erben haben einen gemeinsamen Liquidator zu ernennen.[75]) Den Erben verbleibt ebenso wie den anderen Gesellschaftern das Recht auf Einsicht und Benutzung der nach Beendigung der Liquidation in Verwahrung gegebenen Bücher und Papiere der Gesellschaft.[76]) Alle diese Bestimmungen lassen erkennen, daß die Erben eines Gesellschafters an dessen Stelle treten. Sie müssen demnach auch das Recht ihres Rechtsvorgängers haben, die Gesellschaft nach Auflösung durch eine Vereinbarung mit den übrigen Gesellschaftern wieder rückgängig zu machen.

---

[73]) § 137.

[74]) §§ 143, 148.

[75]) § 146.

[76]) § 157.

Bleiben nach dem Tode eines Gesellschafters die übrigen Gesellschafter in Gesellschaft und setzen ohne Rücksprache mit dem Erben allein das frühere Geschäft, ohne daß der Gesellschaftsvertrag eine hierauf bezügliche Bestimmung enthielt, fort, so ist dies natürlich eine neue Gesellschaft.[77])

§ 7.

E. Die Fortsetzung nach Auflösung durch den Konkurs eines Gesellschafters.

In gleicher Weise wie für den Fall des Todes eines Gesellschafters kann auch für den Fall der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters im Gesellschaftsvertrage die Bestimmung enthalten sein, daß die Gesellschaft in diesem Falle nicht aufgelöst werden, sondern daß der Gesellschafter, in dessen Person dieses Ereignis eintritt, aus der Gesellschaft ausscheiden soll. Das Gesetz geht aber hier noch weiter, indem es im § 141 Abs. 2 erklärt, daß selbst beim Fehlen einer solchen Bestimmung im Gesellschaftsvertrage die übrigen Gesellschafter auf Grund eines von ihnen gefaßten Beschlusses dem Konkursverwalter erklären können, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle und daß in diesem Falle der Gemeinschuldner mit dem Zeitpunkte der Eröffnung des Konkurses als aus der Gesellschaft ausgeschieden gelten soll. Hier haben wir

---

[77]) ROHG. Bd. 6 S. 113.

also die eigentümliche Erscheinung, daß eine erfolgte Auflösung mit der Wirkung rückgängig gemacht wird, als ob die Auflösung niemals eingetreten wäre, und daß zudem diese Rückgängigmachung geschieht ohne Zustimmung des Ausscheidenden. Die Gesellschaft ist hier keine fortgesetzte sondern eine fortbestehende.

Angesichts der außergewöhnlichen Bestimmung des § 141 Abs. 2 muß Staub beigepflichtet werden, der es als die Absicht des Gesetzgebers bezeichnet, daß man die tatsächlich unvermeidliche, juristisch nicht zu beachtende Frist von dem Eintritt des Konkurses bis zu der Erklärung an den Konkursverwalter so eng bemessen müsse wie nur eben möglich und die Gesellsellschafter sich daher so schnell als möglich erklären müßten, weil ihnen jede ungebührliche Verzögerung das Recht nehme.[78])

Nach Ablauf einer angemessenen Frist bedarf es zur Rückgängigmachung der Auflösung der Zustimmung des Konkursverwalters. Dies folgt aus § 145, wonach das Liquidationsverfahren nur mit Zustimmung des Konkursverwalters unterbleiben kann.

Aber selbst wenn die Gesellschafter bereits die Absicht kundgegeben haben, daß sie von dem ihnen im § 141 Abs. 2 gegebenen Rechte keinen Gebrauch machen wollen, vielmehr bereits Liquidationshandlungen vorgenommen haben, können sie später unter Zustimmung

---

[78]) Staub § 141 Anm. 4; s. auch Goldmann § 141 Ziff. 10.

des Konkursverwalters[79]) den Beschluß fassen, daß die Auflösung wieder rückgängig gemacht werden und der Gemeinschuldner aus der Gesellschaft austreten soll. Einer Zustimmung des Gemeinschuldners bedarf es hierzu nicht, weil durch den Konkurs die ganze Verwaltung seines Vermögens auf den Konkursverwalter übergegangen ist.[80]) Aber in diesem Falle scheidet m. E. der Gemeinschuldner mit dem in dem Beschlusse angegebenen Augenblicke aus der Gesellschaft aus, nicht gilt er als im Augenblicke der Konkurseröffnung aus der Gesellschaft ausgeschieden, und wir haben es hier mit einer fortgesetzten, nicht mit einer fortbestehenden Gesellschaft zu tun.

§ 8.

F. Die Fortsetzung nach Auflösung durch Kündigung seitens eines Privatgläubigers eines Gesellschafters.

Wie bei der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters durch Ausscheiden des Gemeinschuldners Gewähr für die Erhaltung der Gesellschaft gegeben ist, kann in ähnlicher Weise auch bei der Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger eine Auflösung verhindert werden, indem die übrigen Gesellschafter dem Gläubiger erklären, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen soll. Im Gegensatze zu dem

---

[79]) Lehmann-Ring § 141 Nr. 1.

[80]) a. A. Lehmann-Ring a. a. O.

Falle des Gesellschafterkonkurses muß diese Erklärung aber vor der Auflösung erfolgen.[81]) Der Gesellschafter scheidet dann mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft aus. Aber auch nach bereits geschehener Auflösung kann diese rückgängig gemacht und die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen werden. Es bedarf hierzu jedoch der Zustimmung des Gesellschafters, der die Auflösung veranlaßt hat. Denn die Bestimmung des § 141 Abs. 2 ist eine Ausnahme. Der ausscheidende Gesellschafter hat auf Durchführung der Liquidation ein gleich starkes Recht wie die übrigen Gesellschafter. Desgleichen muß auch der Privatgläubiger zustimmen,[82]) weil die Liquidation nur mit seiner Einwilligung unterbleiben darf.[83])

§ 9.

G. Die Fortsetzung nach Auflösung durch Kündigung von seiten eines Gesellschafters.

Die Kündigung von seiten eines Gesellschafters löst die Gesellschaft dann nicht auf, wenn der Gesellschaftsvertrag dies bestimmte. Der Gesellschafter, durch den die Kündigung erfolgte, scheidet in diesem Falle mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft aus.[84])

---

[81]) Staub § 141 Anm. 1; Makower § 141 I.

[82]) Makower § 141 I; Lehmann-Ring § 141 Nr. 1.

[83]) § 145 Abs. 2.

[84]) §§ 132, 138.

Auch beim Fehlen einer solchen Vertragsbestimmung kann die Gesellschaft fortgesetzt werden; es bedarf jedoch hier der Zustimmung des Gesellschafters, der gekündigt hatte.[85]) Und zwar aus demselben Grunde, aus dem bei der Fortsetzung einer durch die Kündigung seitens eines Privatgläubigers eines Gesellschafters aufgelösten Gesellschaft die Zustimmung dieses Gesellschafters erforderlich ist. Desgleichen können natürlich sämtliche Gesellschafter nach der Auflösung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen. Praktisch läuft dieses auf eine Zurücknahme der Kündigung hinaus, die ja nur vor Eintritt des Zeitpunktes, zu dem sie ergeht, möglich ist.[86])

§ 10.

H. Die Fortsetzung nach Auflösung durch gerichtliche Entscheidung.

Es bleibt noch die Frage übrig, ob auch die durch die Auflösungsklage herbeigeführte Auflösung der Gesellschaft wieder rückgängig gemacht werden kann. Gemäß § 133 kann auf Antrag eines Gesellschafters „die Auflösung der Gesellschaft vor dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ohne Kündigung durch

---

[85]) Staub § 138 Anm. 7.

[86]) Lehmann-Ring § 132 Nr. 3; v. Hahn Art. 127 § 3; Renaud S. 493.

gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt".

Ob ein wichtiger Grund vorliegt, hat der Richter nach seinem Ermessen zu entscheiden. Das auf die Auflösungsklage ergehende Urteil wirkt konstitutiv.[87]) Die Gesellschaft wird durch den rechtskräftigen Richterspruch aufgelöst. Bis dahin kann der antragende Gesellschafter auf seinen Auflösungsanspruch noch verzichten und dadurch bewirken, daß die Gesellschaft noch fortbesteht. Die Gründe, welche den Gesellschafter zum Verzicht auf seinen Auflösungsanspruch bewogen hätten, können natürlich auch erst nach der Auflösung eintreten. So kann z. B. wenn die Gesellschaft wegen Streitigkeiten unter den Gesellschaftern durch Urteil aufgelöst worden ist, während der Liquidation wieder eine Einigung unter den Gesellschaftern erfolgen. Hier der Gesellschaft die Fortsetzung der Gesellschaft zu verbieten, liegt kein Grund vor. Es bedarf nur eines hierauf gerichteten Beschlusses sämtlicher Gesellschafter.[88])

§ 11.

J. Rückblick.

Unsere Erörterungen über die Fortsetzungsmöglichkeit der offenen Handelsgesellschaft führen zu folgendem Ergebnis:

---

[87]) Makower § 133 Ii; Staub § 133 Anm. 8; Lehmann S. 320; a. M. Goldmann § 131 Ziff. 16.

[88]) Lehmann S. 320.

I. 1. kann die durch die Auflösung in Liquidation geratene Gesellschaft in allen Fällen fortgesetzt werden, solange die Liquidation noch nicht beendet ist,

2. befindet sich die durch Gesellschaftskonkurs aufgelöste Gesellschaft nach Beendigung des Konkurses in Liquidation,

3. ist weiter der Liquidation jede Art der Auseinandersetzung gleichzustellen,

4. kann ferner bei Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft durch Vereinbarung mit dem Erben fortgesetzt werden; so ergibt sich:

Die offene Handelsgesellschaft kann in allen Fällen der Auflösung so lange wieder fortgesetzt werden, als die Auseinandersetzung noch nicht beendet ist.

II. Zur Gültigkeit eines solchen Beschlusses bedarf es der Einstimmigkeit sämtlicher Gesellschafter oder ihrer Erben. Im Falle der Auflösung durch Gesellschafterkonkurs tritt an die Stelle des Gemeinschuldners der Konkursverwalter. Im Falle der Auflösung durch Kündigung seitens eines Privatgläubigers eines Gesellschafters bedarf es auch der Zustimmung des Privatgläubigers.

§ 12.

IV. Die Wirkungen der Fortsetzung.

Die fortgesetzte offene Handelsgesellschaft ist dieselbe Rechtspersönlichkeit wie die bisherige Gesellschaft.[1]) Es besteht vollständige Identität zwischen beiden. Die Gesellschaft lebt in allen Beziehungen wieder auf, vor allem mit dem Gesellschaftsvermögen. Es bedarf daher keiner Übertragung der Aktiven und Passiven auf die fortgesetzte Gesellschaft. Den Gläubigern gegenüber besteht die alte Haftung der Gesellschaft und Gesellschafter fort.[2]) Die Gesellschaft haftet auch für die im Abwicklungsstadium kontrahierten Schulden, vor allem auch für die im Zwangsvergleiche vereinbarte Vergleichssumme.[3])

Die früheren Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse sind allerdings durch die Auflösung beseitigt worden. Sie müssen neu geordnet werden. In der Regel werden die Gesellschafter sofort eine diesbezügliche ausdrückliche Abmachung treffen. Aber auch wenn dies nicht geschieht, wird vielfach auf den Willen der Gesellschafter zu schließen sein. Im Zweifel wird m. E. anzunehmen sein, daß die früheren Bestimmungen über

---

[1]) Makower § 307 I; Staub § 131 Anm. 3; Behrend S. 551.

[2]) ROHG. Bd. 24 S. 10.

[3]) RG. Bd. 28 S. 130; Staub § 144 Anm. 3; Lehmann-Ring S. 283.

Geschäftsführung und Vertretung gelten sollen. Der Ansicht Staubs,[4]) daß, falls eine Neuregelung durch die Gesellschafter nicht erfolgt, die gesetzlichen Bestimmungen Platz greifen sollen, kann nicht beigepflichtet werden.

Auch das Privileg des § 159, nach welchem die Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft in fünf Jahren nach der Eintragung der Auflösung oder des Ausscheidens des Gesellschafters in das Handelsregister verjähren, verliert für diejenigen Gesellschafter, welche die Gesellschaft fortsetzen, seine Bedeutung. Die Identität der Gesellschaft vor der Auflösung mit der fortgesetzten Gesellschaft gestattet dieser auch, die alte Firma weiterzuführen. Scheidet aber gleichzeitig ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so bedarf es für den Fall, daß sein Name in der Firma enthalten ist, zur Fortführung derselben der ausdrücklichen Genehmigung dieses Gesellschafters oder seines Erben.[5]) In allen anderen Fällen dauert die Firma ohne weiteres fort; zu ihrer Änderung ist eine ausdrückliche Beschlußfassung notwendig.[6])

---

[4]) Staub § 144 Anm. 3.

[5]) § 24 Abs. 2.

[6]) Lehmann-Ring § 24 Nr. 3.

§ 13.

V. Die Anmeldungen zum Handelsregister.

Der Abs. 2 des § 144 bestimmt:

„Die Fortsetzung ist von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Bezieht sich diese Vorschrift auch nur auf die Fortsetzung nach Beendigung des Gesellschaftskonkurses durch Zwangsvergleich oder Konkursverzicht, so muß sie doch, wie bereits früher ausgeführt, auch in den anderen Fällen der Fortsetzung analoge Anwendung finden. Es ist nun zu unterscheiden, ob die Auflösung bereits in das Handelsregister eingetragen war oder nicht. War die Auflösung noch nicht eingetragen — das wird bei der stillschweigenden Fortsetzung nach Auflösung durch Zeitablauf immer zutreffen —, dann braucht überhaupt keine Eintragung zu erfolgen,[1]) ausgenommen, daß gleichzeitig ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet.

Für den Fall indessen, daß die Eintragung der Auflösung bereits erfolgt war — dies trifft regelmäßig bei der Fortsetzung der Gesellschaft nach Beendigung des Gesellschaftskonkurses zu, weil hier die Eintragung der Auflösung von Amts wegen erfolgt —, ist der Eintragungsvermerk zur Löschung zu bringen und einzutragen, daß die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen haben.[2]) Findet zu gleicher

[1]) Lehmann-Ring § 143 Nr. 107.

[2]) Lehmann-Ring a. a. O., EntschFG. Bd. 3 S. 189.

Zeit ein Ausscheiden eines Gesellschafters statt, dann gelten folgende Besonderheiten.

Das Ausscheiden eines Gesellschafters durch Tod ist nach § 143 Abs. 2 u. 3 anzumelden. Beschließen die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben, so ist der Eintritt des Erben nach §§ 107, 108 zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Scheidet der Erbe aber aus, so ist auch diese Tatsache zur Eintragung zu bringen, obgleich der Erbe noch nicht vorher als Gesellschafter eingetragen war.[3]) Desgleichen ist gegebenenfalls das Ausscheiden des Gesellschafters, der in Konkurs geraten ist oder dessen Privatgläubiger die Gesellschaft gekündigt hat, anzumelden.

Die Anmeldungen sind von sämtlichen Gesellschaftern oder ihren Erben[4]) zu bewirken. Die Legitimation hat der Registerrichter zu prüfen.[5]) Für den Fall des Todes eines Gesellschafters kann die Eintragung auch ohne Mitwirkung des Erben stattfinden, soweit einer solchen Anmeldung besondere Hindernisse entgegenstehen.[6]) Natürlich gilt dieses nur dann, wenn der Erbe nicht selbst in die Gesellschaft eintritt.

Dritten gegenüber gelten die Fortsetzung der Gesellschaft und das Ausscheiden eines Gesellschafters nur dann, falls sie eingetragen und bekanntgemacht sind, es sei denn, daß dem Dritten jene Tatsachen bekannt waren.[7])

[3]) Cohn S. 122. [4]) Denkschr. S. 102, bei Mugdan S. 274.
[5]) Renaud S. 506. [6]) § 143 Abs. 3. [7]) § 15.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.